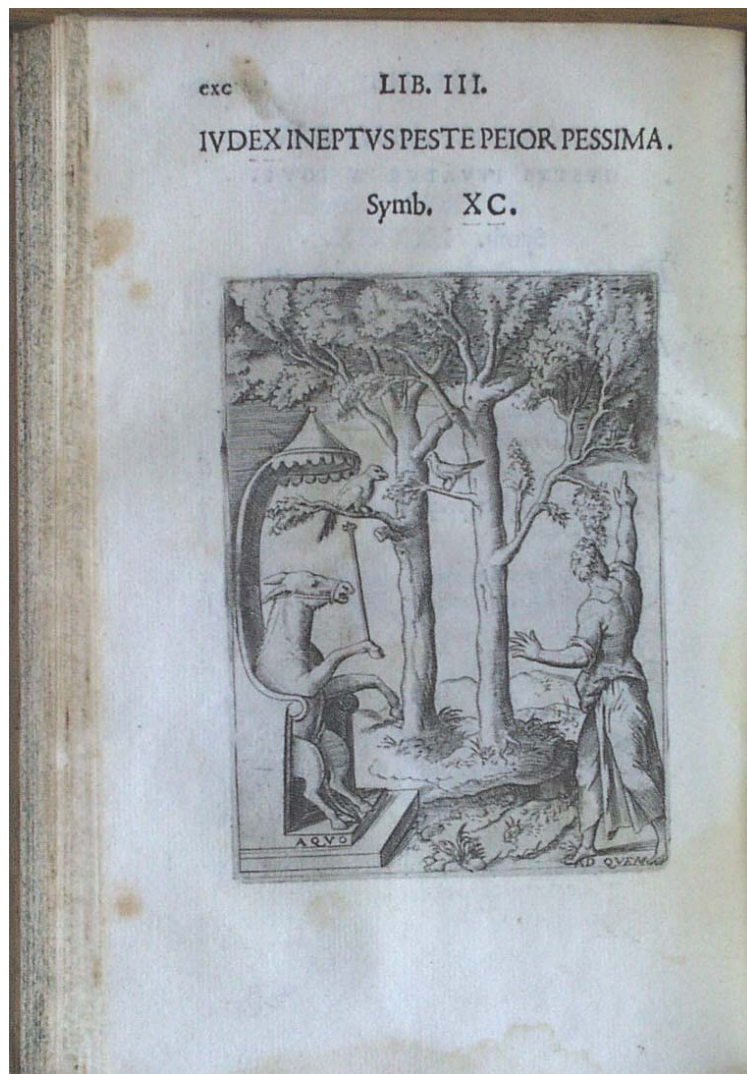


Fehler in Gerichtsentscheidungen*

I. Einleitung



Das Bild zeigt ein Emblem von *Achilles Bocchius* (1555). Die Inscriptio lautet frei übersetzt: Ein schlechter Richter ist schlimmer als die schlimmste Pest. Der Esel, als Richter angerufen, wer den besser singen könne, der Kuckuck oder die Nachtigall, hatte nämlich dem Kuckuck die Siegespalme zuerkannt. Dieses Bild ist hier nicht als

* Veröffentlicht in: *Helmuth Schulze-Fielitz/Carsten Schütz* (Hrsg.) *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, S. 67-97.

Kritik an der modernen Justiz gemeint, sondern es soll darauf hinweisen, wie wichtig dem Publikum die Qualität der Justiz ist.

Leistungsmessung, die nur auf Quantität ausgerichtet ist, kann verheerende Folgen für die Qualität der Produkte haben. Zum Neuen Steuerungsmodell gehört deshalb eine Qualitätssicherung.¹ Es genügt freilich nicht, sich pauschal auf Gefahren für die Qualität der Rechtsprechung zu berufen. Die Qualitätsstandards können und müssen substantiiert werden. Die Diskussion über Qualitätskontrolle in der Justiz ist nicht mehr neu.² Es ist auch schon allerhand geschehen.³ Doch die Bemühungen konzentrieren sich auf die Randbereiche wie die Zugänglichkeit der Gerichtsgebäude, die Offenheit der Kommunikationswege, die Verständlichkeit von Formularen oder die Serviceeinstellung des Personals. Das alles ist nicht gering zu schätzen. Aber das Zentrum, nämlich die inhaltliche Qualität der Produkte, bleibt von der Diskussion immer noch ausgespart. Gleichzeitig werden in der Justiz die Vorkehrungen zur Sicherung der Verfahrens- und Entscheidungsqualität – Rechtsmittel, Kollegialentscheidungen, ausführliche schriftliche Begründungen⁴ – laufend abgebaut. Deshalb wird es Zeit, dass die Qualitätsbeobachtung in das Zentrum vordringt, zu den Verfahren und Entscheidungen der Gerichte selbst. Man sollte es nicht einem Verein von Entrechteten⁵ über-

¹ So der Tenor meines Vortrags „Justiz als Wirtschaftsunternehmen“ für den Deutschen Richtertag in Karlsruhe 1999, DRiZ 2000, S. 220.

² *Röhl*, Qualitätskontrolle in der Justiz – Eine neue Entwicklung in der Justizverwaltung der USA, DRiZ 1993, S. 301.

³ Am 29./30. Januar 2000 fand im Amtsgericht Hamburg eine von etwa 150 Personen besuchtes Wochenendseminar „Justiz in der Modernisierungsfalle?“ statt, das sich eingehend mit den Möglichkeiten der Qualitätskontrolle befasste. Der neue Vorsitzende des Deutschen Richterbundes hat sich vor dem Antritt seines Amtes mit einem Aufsatz zur „Qualitätsdiskussion in der Justiz“ zu Wort gemeldet (*Mackenroth*, Die Qualitätsdiskussion in der Justiz: Alter Wein in neuen Schläuchen, DRiZ 2000, S. 301). Der Deutsche Richterbund hat eine Arbeitsgruppe „Qualität in der Justiz“ eingesetzt, die inzwischen ein Arbeitspapier vorgelegt hat (im Internet unter <http://www.drj.de/qualitaet.doc> [4. 4. 2002]; dazu *Kleinknecht*, DRiZ 2002, S. 77). Landauf, landab gibt es in den Gerichten inzwischen „Bürgerbefragungen“, so in Nordrhein-Westfalen im März und April 2001 an den Gerichtszentren Aachen, Düsseldorf, Duisburg, Essen, Köln und Siegen (Bericht unter <http://www.justiz.nrw.de> [4. 2. 2002] im Internet; Kurzbericht „Gar nicht so schlecht“ in DRiZ 2002, S. 40). Vor allem aber verdient das „Benchmarking“ in der Sozialgerichtsbarkeit Nordrhein-Westfalens Anerkennung; dazu *Brand* in diesem Heft.

⁴ Deren Bedeutung betonen *Schulte*, Rechtsmittelpraxis aus der Sicht des Berufungsrichters am Landgericht, in: Gilles/Röhl/Schuster, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 35 (36); *Bender*, Rechtsmittelpraxis aus der Sicht des Berufungsrichters am Oberlandesgericht, ebd. S. 41 (44); *Weitzel*, Tatbestand und Entscheidungsqualität, 1990.

⁵ Gemeint ist der Verein gegen Rechtsmissbrauch e. V., der nach eigenen Angaben 1989 von Personen gegründet wurde, die schlechte Erfahrungen mit der Justiz und/oder mit Rechtsanwälten gemacht haben. Er betreibt eine Internet-Seite unter der Adresse Justizirrtum.de. Es gibt noch eine Reihe weitere Web-Seiten, die sich kritisch mit der Justiz befassen; z. B. <http://gabnet.com/jus/lijus1.htm> [15. 3. 2002], eine Seite, die sich mit antifeministischem Akzent für Männer einsetzt; <http://institut-fuer-hochschulrecht.de> [15. 3. 2002] – der Name täuscht darüber, dass es sich um eine (ziemlich wirre) private Seite handelt. Die Seite <http://aerger-ev.de> [15. 3. 2002] ist verlinkt mit einer Seite <rechtspflegemafia.de>. Auf die Anfrage „Justizirrtum“ gibt

lassen, der Justiz ihre Fehler vorzuhalten. Man darf die Fehler im Zentrum aber auch nicht aussparen, sonst wird das ganze Unternehmen der Qualitätssicherung unglaubwürdig.

Die Gerichte sind unabhängig, aber nicht unfehlbar. Da die richterliche Unabhängigkeit eine Qualitätskontrolle im engeren Sinne oder gar eine Fehlerkorrektur verbietet, sind präventive Vorkehrungen umso wichtiger. Sie setzen aber voraus, dass man ein Problembewusstsein entwickelt und die Fehlermöglichkeiten kennt. Solange man nichts Genaueres weiß, besteht die Gefahr, dass Fehlleistungen der Gerichte, wenn sie bekannt werden, von Seiten der Justiz als singuläre Einzelfälle bagatellisiert oder von den Betroffenen und den Medien aufgebauscht und unzulässig verallgemeinert werden.

II. Qualität und Fehler

Im Arbeitspapier des Deutschen Richterbundes „Qualität der Justiz“⁶ stehen in der Reihe der Qualitätskriterien an erster Stelle

- Gehorsam gegenüber Recht und Gesetz
- genaue Kenntnis und sorgfältigste Anwendung des materiellen Rechts unter Beachtung der Verfahrensordnungen bei genauer Tatsachenfeststellung.

Dennoch muss der Versuch, in das Zentrum der richterlichen Tätigkeit einzudringen, mit dem Einwand rechnen, dass die inhaltliche Qualität richterlichen Handelns nicht gemessen werden kann, weil dafür keine von Dritten nachprüfbaren Maßstäbe zur Verfügung stehen. Das Fehlen objektivierbarer Qualitätskriterien soll sich aus der Einmaligkeit eines jeden Falles ergeben, die letztlich eine nicht mehr generalisierbare Einzelfallabwägung fordert. Der Einwand hat einen berechtigten Kern. Aber er hat auch Grenzen. Sie zeigen sich sehr schnell, wenn man konkrete Beispiele für Qualitätsmängel im Zentrum richterlicher Tätigkeit anführt:

- (1) *Übersehen einschlägiger Vorschriften*: Das Landgericht Dresden übersieht bei einem übergegangenem Anspruch nach § 116 SGB X den § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV und macht deshalb eine überflüssige Vorlage zum Bundesverfassungsgericht⁷.
- (2) *Verwechslung von Rechtsverordnung und Allgemeinen Geschäftsbedingungen*: OLG Saarbrücken⁸ verwechselt die AGB eines Wasserversorgers mit den AVB-WasserV (Rechtsverordnung nach § 27 AGBG; jetzt Art. 243 EGBGB).
- (3) *Falsche Begründung*: In einem Urteil zur Direktabrechnung von Abfallgebühren zwischen Mieter und Vermieter übersah das Bundesverwaltungsgericht § 550b BGB⁹. Das Gericht war der Meinung, aus (dem inzwischen aufgehobenen) § 4 Abs. 5 MHG folge nicht, dass Mieter und/oder Vermieter von den Versor-

die Suchmaschine Google 1290 Treffer aus. Wenn man näher hinsieht, ist es jedoch nicht sehr eindrucksvoll, was im Internet an Justizkritik zu finden ist.

⁶ Wie Fußnote 3.

⁷ LG Dresden, VersR 1997, S. 242; dazu Ahrens, VersR 1997, S. 1064

⁸ NJW-RR 1994, S. 436, ebenso schon LG Münster, VKU Nachrichtendienst 1989, Nr. 496, S. 4.

⁹ WuM 1997, S. 685.

gungsträgern die Direktabrechnung mit den Mietern verlangen könne. Die Entscheidung mag im Ergebnis richtig sein, denn immerhin entspricht sie der herrschenden Meinung. Sie enthält aber eine falsche Begründung. Das Gericht meinte, der Vermieter habe kein besonderes Interesse an der Direktabrechnung, denn gegen eine Insolvenz des Mieters könne er sich dadurch absichern, dass er den Mieter zur Sicherheitsleistung veranlasse. Das ist falsch. Für die Berechnung der Mietkaution muß der Vermieter nach § 550 b BGB (jetzt § 551 Abs. 1 BGB) die Nettomiete ohne Nebenkosten zugrunde legen. Für die Nebenkosten kann er nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 MHG (jetzt § 556 Abs. 2 S. 2 BGB) nur „angemessene“ Vorauszahlungen fordern. Die angemessene Vorauszahlung beurteilt die Rechtsprechung allein nach dem voraussichtlichen Verbrauch. Sie deckt kein Insolvenzrisiko.

- (4) *Ein obiter dictum contra legem*: In einem Urteil vom 27. 11. 1998 erklärt der BGH¹⁰, dem Berufungsgericht sei es nicht verwehrt, sich zur Darstellung der steuerlichen Rechtslage eines Steuerfachmannes zu bedienen, ein Verstoß gegen § 293 ZPO.
- (5) *Gleich drei logische Fehler*, eine quaternio terminorum, einen saltus in concludendo und einen Verstoß gegen den Satz vom Widerspruch hält *Schneider*¹¹ dem OLG Nürnberg vor, das in einer atemberaubenden Entscheidung¹² § 91 Abs. 2 S. 1 ZPO für das Mahnverfahren nicht gelten lassen wollte.
- (6) *Selbstverständliches wird übersehen*: Amtsgericht Weilheim und Landgericht München II hatten zunächst das Armenrecht (jetzt Prozesskostenhilfe) für den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs versagt. Den Antrag, nunmehr das Armenrecht für die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich zu bewilligen, wiesen beide Gerichte mit der Begründung zurück, das Armenrecht sei für den Vergleich bereits rechtskräftig versagt worden und dürfe für die Zwangsvollstreckung nicht gesondert bewilligt werden. Beide Begründungen waren schlicht falsch.¹³
- (7) *Evidente Fehlsubsumtion*: Im Vorurteil zu BGH, NJW 1996, S. 53 hatte das OLG Oldenburg dem beaufsichtigten Kind einen Anspruch aus § 832 Abs. 1 BGB gegen den Dritten als Schädiger zugebilligt.
- (8) *Unhaltbare Analogie*: Im Vorurteil zu BGH NJW 1988, S. 2109 wendet OLG Hamburg § 56 HGB entsprechend auf Ankäufe durch Ladenangestellte an.
- (9) *Unbeachtliche Verweisungsbeschlüsse*: OLG Frankfurt a. M.¹⁴ musste nach § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO das zuständige Gericht bestimmen, nachdem sich zuvor sowohl das AG Frankfurt a. M. als auch das AG Offenbach für unzuständig erklärt hatten. Das AG Offenbach hatte entschieden, ohne der Klägerin rechtliches Gehör zu gewähren; das AG Frankfurt a. M. hatte den Gerichtsort des Erfüllungsstandes nach § 29 Abs. 1 ZPO in Verb. mit § 269 BGB in einer Weise übergangen, für die das OLG ihm „objektive Willkür“ bescheinigte.

¹⁰ JZ 1999, S. 301 mit krit. Anmerkung von *Spieckhoff*.

¹¹ NJW 1998, S. 356.

¹² NJW 1998, S. 388.

¹³ BVerfGE 56, 139; dazu *Schultz*, MDR 1981, 544 (545 I. Sp.).

¹⁴ NJW 2001, S. 3792.

- (10) *Verletzung einer Vorlagepflicht*: Mit gutem Grund hat *Jauernig*¹⁵ beklagt, dass der II. ZS des BGH in seiner Grundsatzentscheidung zur Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft (NJW 2001, 1056) versäumt hat, das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG in Gang zu setzen, obwohl er von Entscheidungen des V. und des VII. Zivilsenats abweicht.
- (11) *Fehlzitat*: Das BVerfG an schreibt zentraler Stelle der Maastricht-Entscheidung¹⁶ *Zuleeg* eine Äußerung von *Oppermann* zu¹⁷. Ein weniger prominentes Beispiel liefert das Landgericht Kiel¹⁸, wenn es sich für die Ansicht, das Abweichen von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ersetze nicht analog § 511 a Abs. 2 ZPO die fehlende Berufungsbeschwer, auf Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 511a Rn. 59 beruft, eine Kommentarstelle, die nicht zu finden ist.¹⁹
- (12) *Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung*: Nach der Rechtsprechung des BGH²⁰ entsteht der Anspruch aus § 179 BGB erst, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert; erst dann beginnt auch die Verjährung zu laufen. Das Amtsgericht nahm Verjährung an, weil es den Beginn die Verjährung abweichend vom BGH bereits mit dem Vertragsschluss beginnen ließ. Als einzige Begründung verwies es auf eine nicht einschlägige Kommentarstelle. Darin sah das BVerfG²¹ Willkür.
- (13) *Unzulängliche Protokollierung*: Bei dem Beschluss über die Verhängung von Ordnungshaft gegen zwei Zuhörer im Strafverfahren, der später Anlass zur Anklage wegen Rechtsbeugung gab, hatte der Amtsrichter Schill versäumt, gemäß § 182 GVG die „Veranlassung“ zu protokollieren. Aus diesem Grund hob das OLG, nachdem die Akten dort eingegangen waren, den Beschluss binnen Stunden wieder auf.²²

Wenn die Jurisprudenz keine Zauberei ist, dann kennt sie Kunstregeln, die sich aufzeigen lassen und die verletzt werden können und aller Wahrscheinlichkeit nach auch laufend verletzt werden. Und deshalb gibt es auch fehlerhafte Gerichtsentscheidungen.

Qualität ist ein gradualisierbares Maß. Man kann fast alles besser oder schlechter machen. Mehr oder weniger Qualität ist teils eine Frage des Aufwands, teils aber auch der

¹⁵ NJW 2001, S. 2231.

¹⁶ BVerfGE 89, 155 (210).

¹⁷ *Zuleeg*, JZ 1994, S. 4 bei Fußnote 36.

¹⁸ WuM 1999, 586 (587).

¹⁹ *Schneider*, dem ich diesen Hinweis verdanke (MDR 2000, S. 10 [12]), hat auch gleich noch zwei weitere Fehler in derselben Entscheidung entdeckt: Das Landgericht beruft sich auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1988, die nicht einschlägig sein kann, weil § 511a ZPO erst 1990 eingeführt wurde; das Gericht meint ferner am Ende, das Amtsgericht sei gar nicht von der Rechtsprechung des BVerfG abgewichen, so dass alle Ausführungen zur Zulässigkeit der Berufung von vornherein verfehlt waren.

²⁰ BGHZ 73, 266.

²¹ NJW 1995, S. 2911.

²² *Bertram*, NJW 2001, S. 1108.

Fähigkeiten und Anstrengungen des Produzenten. Aus dem Kaufrecht ist der Unterschied zwischen Qualität und Fehlern geläufig. Ein einfacher Landwein ist kein Grand Cru, deshalb aber nicht fehlerhaft. So gibt es auch bei den Produkten der Gerichte bessere, schlechtere und fehlerhafte. Bevor es zu einer letztlich unvertretbaren Abwägung kommt, sind bei der Vorbereitung der Entscheidung, bei der Organisation des Verfahrens, bei der Sachaufklärung und bei der Ermittlung der Rechtslage eine ganze Reihe von Kunstregeln anwendbar, deren Einhaltung bis zu einem gewissen Grade nachprüfbar ist und deren Verletzung als Qualitätsmangel in Betracht kommt. Es ist zwar sehr schwierig, wenn nicht ausgeschlossen, positiv die Gerechtigkeitsqualität richterlicher Tätigkeit zu bestimmen. Sehr viel leichter lässt sich aber Übereinstimmung über konkrete Fehler erzielen, die es zu vermeiden gilt. Aus der Beschreibung solcher Fehler kann man dann induktiv zu einer Fehlertypologie und vielleicht auch zu einigen Fehlerursachen vordringen.

III. Die Qualitätskontrolle im Instanzenzug

Der Forderung nach einer Kontrolle auch der Verfahrens- und Entscheidungsqualität wird man weiter entgegenhalten, dafür sei durch die Eröffnung von Rechtsmitteln in geeigneter und ausreichender Weise gesorgt. In der Tat verfügt die Justiz mit dem Instanzenzug über ein unvergleichliches Instrument zur Qualitätssicherung. Es leidet allerdings von vornherein unter zwei prinzipiellen Defiziten. Die Zulässigkeit von Rechtsmitteln ist laufend eingeschränkt worden, so dass längst nicht alle Entscheidungen von der höheren Instanz geprüft werden können. Immerhin hatten 1999 40 % der beim Amtsgericht anhängigen Zivilprozesse einen Streitwert bis 1500 DM. Beinahe ein Viertel der streitigen Urteile erging im vereinfachten Verfahren nach § 495 ZPO, das einen Streitwert bis 1200 DM voraussetzte. Es gibt gewisse Anhaltspunkte dafür, dass manche Amtsrichter²³ zu Minimalisten geworden sind. Beinahe wichtiger noch: Die Qualitätssicherung durch Rechtsmittel geht unmittelbar zu Lasten und auf Kosten der betroffenen Beteiligten. Doch auch von diesen Defiziten abgesehen leistet der Instanzenzug keine ausreichende Fehlerkontrolle. Die Funktion der Rechtsmittel liegt eher in der Verbesserung der Gerechtigkeitsqualität von Verfahren und Entscheidungen als in der Fehlervermeidung.

Am Stammtisch sagen Juristen gelegentlich, in der ersten Instanz sei das Urteil richtig, aber die Begründung verkehrt, in der Berufung werde die Begründung richtig, aber der Tenor falsch, und nach der Revision stimme weder das eine noch das andere. Anscheinend gibt es eine „natürliche“ Schwankung, wenn verschiedene Juristen den gleichen Fall beurteilen. Ganz unabhängig von der „Qualität“ der erstgerichtlichen Entscheidung ändern die höheren Instanzen einen gewissen Prozentsatz ab. Es gehört sozusagen zur Natur der Sache, dass das Obergericht von Zeit zu Zeit seine bessere Einsicht

²³ *Schneider* listet einer Reihe von Fällen auf, die auf einen Missbrauch der Freiheiten des Bagatellverfahrens nach § 495 a ZPO durch die Gerichte hindeuten (ZAP-Report: Justizspiegel, S. 145 ff.).

demonstriert.²⁴ Ich habe einen OLG-Präsidenten sagen hören, diese „natürliche“ Änderungsrate liege bei 20 %.

Wechselt man vom Stammtisch zur einschlägigen Literatur, so trifft man auf eine alte Diskussion um die Funktion der Rechtsmittel, insbesondere der Berufung, als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle.²⁵ Länger als ein Jahrhundert wurden die Rechtsmittel im allgemeinen und Berufung und Beschwerde im besonderen als bloße Fortsetzung des Verfahrens angesehen, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die richterliche Entscheidung nicht einfach in die Kategorien „richtig“ und „falsch“ eingeordnet werden kann, sondern mit der Intensität des Verfahrens graduell an Qualität gewinnt.²⁶ Zwar steht rhetorisch der Kontrollaspekt der Rechtsmittel im Vordergrund. In der Sache geht es jedoch in erster Linie um Meinungsverschiedenheiten über das Richtige. Das zeigt sich an dem Fehlerbegriff des Rechtsmittelrechts. Fehlerhaft sind alle Urteile, die an einem prozessualen oder materiellrechtlichen Fehler leiden und deshalb, wenn sie mit einem Rechtsmittel angegriffen werden, kassiert oder abgeändert werden (vgl. §§ 511-541 ZPO, §§ 124-130b VwGO zur Berufung oder § 542-566 ZPO, §§ 132-144 VwGO und §§ 333-358 StPO zur Revision). In diesem Sinne reden die Revisionsgerichte von „fehlerhaften“ Urteilen der Vorinstanzen, auch wenn es nur darum geht, eine bisher noch ungeklärte Rechtsfrage zu entscheiden. „Fehlerhaft“ ist dann, was die Vorinstanz entschieden hat, richtig, was das Obergericht meint. Die Bezeichnung als fehlerhaft zeigt deshalb nicht ohne Weiteres einen Qualitätsmangel an. Neuere Reformen des Rechtsmittelrechts betonen zwar den Kontrollaspekt. Sie ändern aber wenig daran, dass die Beteiligten²⁷ eine graduelle Qualitätsverbesserung durch einen größeren Verfahrensaufwand im Sinn haben.

Die Qualität, die sich mit Hilfe der Rechtsmittelstatistik messen lässt, hat daher unmittelbar mit Fehlern in dem hier gemeinten Sinn wenig zu tun. Sie spiegelt in erster Linie die Akzeptanz und Konfliktfähigkeit der Parteien vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Gerichtsverfahren sich nicht wie mathematische Aufgaben lösen lassen, sondern dass es an vielen Stellen bei der Handhabung der Verfahrens, bei der Beweiswürdigung und bei der Anwendung des materiellen Rechts Spielräume gibt, deren Ausschöpfung nicht als Fehler gelten kann, sondern in den Kernbereich richterlichen Ermessens fällt. Sie spiegelt aber auch die Dynamik des Prozesses, dessen Gegenstand sich im Verlauf verändert mit der Folge, dass auch die Entscheidung sich ändern kann.

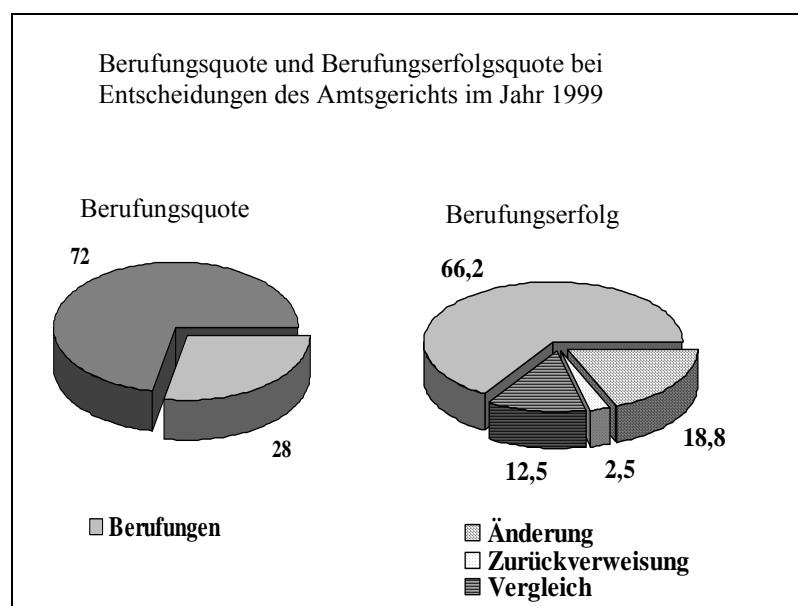
²⁴ Ein Extrembeispiel ist die Herabsetzung des angemessenen Schmerzensgeldes von 710 auf 700 DM, von der *Schneider* berichtet (ZAP-Report: Justizspiegel, S. 54).

²⁵ *Leipold*, Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung und Entscheidungskontrolle, in: Gilles/Röhl/Schuster, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 285.

²⁶ *Gilles*, Rechtsmittel im Zivilprozeß aus juristischer Sicht, in: Gilles/Röhl/Schuster, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 11 (13).

²⁷ *Schulte*, Rechtsmittelpraxis aus der Sicht des Berufungsrichters am Landgericht, in: Gilles/Röhl/Schuster, Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, S. 37; *Lindemann*, Rechtsmittelpraxis aus der Sicht des Rechtsanwalts mit Singulanzulassung, ebd. S. 69 (73); *Topf*, Rechtsmittelpraxis aus der Sicht des Rechtsanwalts mit Simultanzulassung, ebd. S. 75 (75). Seither dürften sich die Auffassungen noch nicht grundlegend geändert haben.

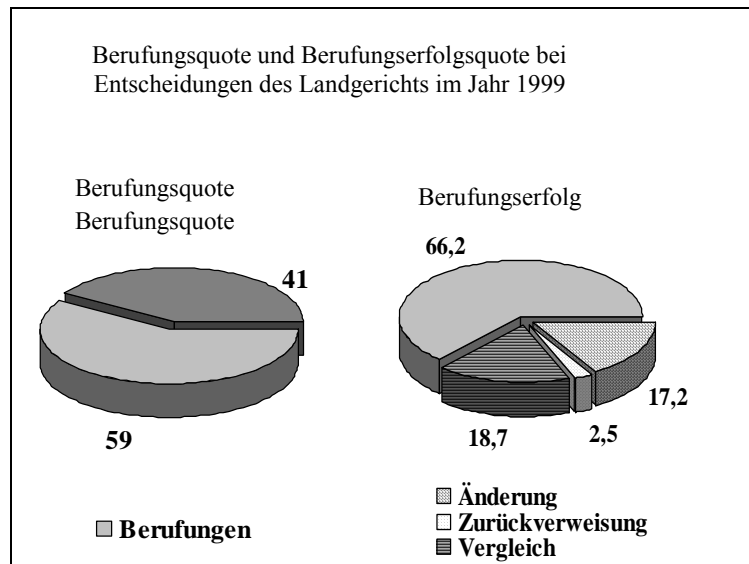
Die Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung durch Urteil oder Vergleich bedeutet nicht, dass die Entscheidung in allen Fällen in ihr Gegenteil verkehrt wurde.²⁸ Dennoch bleibt die Quote der Änderungen bemerkenswert hoch. Sie sagt jedoch wenig über die Qualität der Arbeit der Erstgerichte. Die üblichen Fehlerkategorien (falsche Anwendung des materiellen Rechts, falsche Beweiswürdigung, unzureichende Sachaufklärung) sind wenig hilfreich, denn sie lassen nicht erkennen, ob es sich im konkreten Fall um Divergenzen in der Einschätzung zwischen Erstgericht und Berufungsgericht oder um einen Kunstfehler handelt. Aber auch die Zahlen über erfolgreich gerügte Verfahrensfehler des Erstgerichts zeigen allenfalls Tendenzen an. Im Einzelfall kann man insbesondere hinsichtlich Art und Umfang der Aufklärungsbemühungen, der Beweiserhebung und der Beweiswürdigung durchaus unterschiedlicher Meinung sein.



Wollte man tatsächlich die Anzahl der eingelegten Rechtsmittel und Abänderungsquote als Indikatoren für die Qualität der Justiz verwenden, so wäre das Ergebnis verheerend. Immerhin wurden bisher recht konstant in Zivilsachen über die Hälfte aller landgerichtlichen und mehr als ein Viertel aller amtsgerichtlichen Entscheidungen angefochten und von den angefochtenen etwa ein Drittel geändert und ein weiteres Fünftel durch Vergleich abweichend vom Ausgang in erster Instanz geregelt.²⁹ Für einen Dienstleistungsbetrieb wäre eine solche Beschwerdequote schlicht untragbar.

²⁸ An Hand der Kostenverteilung hat *Rimmelspacher* (ebd.) den wirtschaftlichen Erfolg des Rechtsmittels zu berechnen versucht. Die Ergebnisse erscheinen mir jedoch nicht aussagekräftig.

²⁹ *Schuster*, Bemerkungen zur Entwicklung der Zivilprozesse und des Rechtsmittels der Berufung auf der Grundlage des zugänglichen statischen Materials, in: Gilles/Röhl/Schuster, *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, 1985, S. 107-115; *ders./Siebert*, Tabellen zum Thema „Rechtsmittelstatistik“, ebd. S. 333-420, 386; etwas neuere Zahlen bei *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, *Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters*, 1992, S. 146 ff.



In einem Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb werden Reklamationen der Kunden systematisch ausgewertet, um Fehlerquellen zu beseitigen und die Kundenzufriedenheit zu erhöhen, damit „Beschwerden“ möglichst gar nicht erst eingelegt werden. Eine vergleichbare Auswertung der eingelegten Rechtsmittel gibt es nicht. Das liegt in erster Linie vermutlich daran, dass Rechtsmittel eben nicht als Instrument der Fehlerkontrolle, sondern als eine Art Upgrading des normalen Produktionsprozesses verstanden werden. Deshalb fühlt sich in der Justiz auch niemand zuständig oder verpflichtet, Rechtsmittel als Hinweis auf vermeidbare Fehler auszuwerten. Im Prinzip übernimmt die Rechtsmittelinstanz selbst die Korrektur. Nicht einmal die Zurückverweisung in die Vorinstanz ist als Sanktion gedacht, sondern sie wird damit begründet, dass den Parteien keine Instanz genommen werden dürfe³⁰.

In erster Linie wäre bei der Fehlerbeobachtung das Gerichtsmanagement gefordert. Immerhin ist es weitgehend üblich, dass die Landgerichtspräsidenten und ihre Vertreter einer Berufungs- oder Beschwerdekammer vorsitzen und sich die Akten, die aus dem Rechtsmittelverfahren zurückkommen, vorlegen lassen. Aber sie verfügen gar nicht über die Kapazität, um Rechtsmittel systematisch als Fehlerindikatoren zu nutzen. Sie können allenfalls ad personam Fehlerhäufungen feststellen.

Weder die juristische Literatur zu den Rechtsmittelverfahren noch die bislang allerdings spärliche Rechtstatsachenforschung³¹ haben zu einer Art Fehlerlehre geführt. Es

³⁰ Stein/Jonas/Grunsky, 3. Aufl. 1993, § 539 (a. F.) ZPO, Rn. 12.

³¹ Baumgärtel/Homann, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (zweite Instanz), 1972; Erhard Blankenburg/Viola Blankenburg/Hellmut Morasch, Der lange Weg in die Berufung, in: Rolf Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz, 1972; S. 81-104; Wax/Bender/Schade, Die Berufungsgründe in Zivilsachen aus der Sicht der Richter, ebd. S. 57-80; Gilles/Röhl/Strepel (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozeß – unter besonderer Berücksichtigung der Berufung, 1985; Gilles, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, 1992; Rottleuthner/ Böhm/ Gasterstädt, Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters, 1992, und neuerdings Rimmelspacher, Funktion und Ausgestaltung des Berufungsverfahrens im Zivilprozeß, 2000.

gibt daher auch keine Vorstellung von der Größenordnung von Entscheidungen der Erstgerichte, die mit vermeidbaren Fehlern belastet sind.

IV. Abgrenzungen

Bevor ich versuche, die Fehler, von denen die Rede sein soll, etwas näher einzukreisen, sind einige Abgrenzungen angezeigt. Es geht hier nicht um Justizirrtümer, und ich vermeide auch den Begriff des Fehltrurteils.

Als Justizirrtümer bezeichnet man gewöhnlich fehlerhafte Strafurteile, die auf falschen Beweisen beruhen und wegen des Falles und/oder der schweren Strafe einiges Aufsehen erregen. Der Begriff des Fehltrurteils wurde 1928 durch einen Aufsatz des Strafverteidigers *Max Hirschberg* in den juristischen Sprachgebrauch eingeführt, in dem er einen Fall angeblichen Kindesmissbrauchs schilderte³². Von *Hirschberg*, der zunächst nach Italien und 1939 in die USA emigrierte, erschien 1960 „Das Fehltrurteil im Strafprozeß“. Dieses Buch löste eine Diskussion im Bundestag aus und führte zur Auswertung von 1.100 Akten über Wiederaufnahmeverfahren in Strafsachen durch *Karl Peters*.³³

Es gibt Fehltrurteile von historischer Dimension wie den Prozess des Sokrates, die Verurteilung Galileis oder den Dreyfus-Prozess. Die stehen auf einem anderen Blatt. Unter der insoweit m. E. deplatzierten Bezeichnung als „Fehltrurteil“ behandelt *Ulrich Falk* Entscheidungen, die einen Sturm der Entrüstung verursacht haben, weil sie den politischen, moralischen oder religiösen Überzeugungen des Publikums nicht entsprechen³⁴, z.B. das Frankfurter Behindertenurteil³⁵, das Soldaten-Urteil des Landgerichts Frankfurt a. M.³⁶ sowie den Soldatenbeschluss³⁷ und den Kruzifixbeschluss des Bundesverfassungsgerichts³⁸. *Falk* thematisiert dazu das bekannte Phänomen, dass das Publikum seine Gerechtigkeitsüberzeugungen über die Einhaltung von Verfahrensvorschriften und förmlichen Rechtsstaatsgarantien stellt. Hier passt der Begriff eigentlich nicht, oder er muss in Anführungszeichen gesetzt werden. Keine „Fehltrurteile“ sind eine solche, die ihrer Tendenz nach populären oder populistischen Forderungen widersprechen. Hier ist insbesondere an die zahlreichen Strafentscheidungen zu denken, die dem Publikum zu mild sind, etwa der Verzicht auf Untersuchungshaft bei durchaus hand-

³² Ein Fehltrurteil auf Grund unwahrer Kinderaussagen, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 19, 1928, S. 670.

³³ Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 1, 1970, Bd. 2, 1972

³⁴ Das Fehltrurteil in der deutschen Öffentlichkeit, in: Gouron u.a. (Hrsg.), *Error Judicis*, 1998, S. 103.

³⁵ NJW 1980, S. 1965; dazu *Castendyk*, *Rechtliche Begründungen in der Öffentlichkeit*, 1994, S. 15 ff.

³⁶ LG Frankfurt a. M., NJW 1988, S. 2683; dazu *Klaus*, *Der strafrechtliche Ehrenschatz der Bundeswehr*, NJW 1988, S. 2650; *Castendyk* a. a. O. S. 260 ff.

³⁷ BVerfGE 93, 266.

³⁸ BVerfGE 93, 1.

festen Straftaten. Diese Fälle kann man natürlich nicht als Justizfehler einordnen; im Gegenteil. Es ist die Aufgabe der Richter, gerade auch unpopuläre Urteile zu sprechen, wenn sie denn rechtens sind. Sehr häufig beruht die öffentliche Kritik auf mangelnder Tiefeninformation. Oft geht es auch um einen schwierigen Balanceakt zwischen einer relativ abstrakten öffentlichen Meinung und dem konkreten sehr individuellen Fall. Diese Reaktion des Publikums lässt sich nicht ohne weiteres ändern. Die Justiz muss sich darauf einstellen, dass in Fällen, an denen die öffentliche Meinung ein Interesse nimmt, schon relativ kleine Fehlgriffe des Gerichts, wie sie sonst unbemerkt bleiben oder jedenfalls keine besondere Reaktion nach sich ziehen, viel Aufsehen erregen.

V. Fehlermaßstäbe

1) Willkürentscheidungen und „greifbare Gesetzeswidrigkeit“

Bei der Suche nach einem Fehlermaßstab ist zunächst an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den so genannten Willkürentscheidungen³⁹ zu denken. Nach Erschöpfung des Rechtswegs kann mit der Urteilsverfassungsbeschwerde nach Art. 94 Nr. 4a GG die Verletzung eines der allgemeinen oder eines der Justizgrundrechte nach Art. 101, 103 und 104 GG durch die Gerichte gerügt werden. Das Bundesverfassungsgericht nimmt einen Verstoß gegen Art. 3 I GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot an, wenn ein Richterspruch „unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht.“⁴⁰ Die Willkür soll „anhand objektiver Kriterien“ festgestellt werden; schuldhaftes, dem Richter subjektiv vorwerfbares Verhalten wird nicht vorausgesetzt. Allein die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes und auch ein fehlerhaftes Verfahren als solches machen eine Gerichtsentscheidung noch nicht willkürlich.⁴¹ Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn die Rechtslage in krasser Weise verkannt wird. Davon kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jeden sachlichen Grundes entbehrt.⁴² Willkür sei vielmehr zu verstehen als Maßnahme, die im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden wolle, tatsächlich und eindeutig unangemessen sei.⁴³

Diese Willkürrechtsprechung liefert einige eklatante Fehlerbeispiele, aber keinen brauchbaren Fehlerbegriff. Die Fehlergrenze liegt teils zu hoch, teils ist sie zu unscharf. Evident sind vor allem die Fehler, die – in der Diktion des Bundesverfassungsgerichts – „bei der Anwendung des einfachen Rechts“ unterlaufen. Dabei geht es vor allem um Fehler bei der Handhabung des Verfahrens und bei der Beweiswürdigung.

³⁹ BVerfGE 3, 359 (364); 4, 1 (7); 62, 189 (192); E 80, 48 (51); E 86, 59 (62 f.); 83, 82 (84); 87, 273 (278 f.); 89, 1 (13); BVerfG NJW 1999, S. 1387; zuletzt NJW 2000, S. 2494.

⁴⁰ BVerfGE 4, 1 (7); 62, 189 (192); E 80, 48 (51); E 86, 59 (62 f.); 83, 82 (84); 87, 273 (278 f.); 89, 1 (13); BVerfG NJW 1999, 1387 (1389).

⁴¹ BVerfGE 4, 1 (7).

⁴² BVerfGE 87, 273 (278 f.); 89, 1 [13 f.]; BVerfG NJW 1999, 1387 (1389); NJW 2000, 2494

⁴³ BVerfGE 80, 48 (51); 83, 82 (84); 86, 59 (62 f.).

Die Gerichte hätten sie vermutlich selbst korrigiert, wären sie bemerkt worden. „Es handelt sich nicht um Ergebnisse bewusst diskriminierender Entscheidungen, sondern um schlichte Missgriffe, grobe Schnitzer, ja ‚dumme‘ Fehler.“⁴⁴

- (14) Erfolgreich war die Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des AG Schwabach aus dem Jahre 1980, mit der gerügt wurde, das Gericht habe auf die Honorarklage eines Zahnarztes zunächst in einem Beweisbeschluss dem Beklagten die Zahlung eines Auslagenvorschusses aufgegeben, dann aber im Urteil die Klage abgewiesen, da der Kläger nicht bewiesen habe, dass er eine ordnungsgemäße Leistung erbracht habe.⁴⁵
- (15) Kaum weniger krass lag es bei einem Kostenbeschluss des AG München aus dem Jahre 1982, den immerhin das LG München I bestätigt hatte. In einem Privatklageverfahren hatte man sich geeinigt, dass von den Gerichtskosten und den notwendigen Auslagen der Parteien die Klägerin ein Drittel und die Beklagte zwei Drittel tragen sollte. Die Klägerin machte 641,27 DM an Kosten geltend, die Beklagten 598,90 DM. Für die Kostenausgleichung addierte der Rechtspfleger diese Beträge und setzte zwei Drittel der Summe – das sind 711,90 DM – als den Betrag fest, den die Beklagten erstatten sollten. Damit erhielt die Klägerin mehr als ihre Kosten und Auslagen. Auch hier hatte die Verfassungsbeschwerde Erfolg, denn es ist ein selbstverständlicher Grundsatz des Kostenrechts, dass die Parteien an den Kosten nicht verdienen sollen.⁴⁶
- (16) Der Amtsrichter in Ettlingen hatte 1980 einer Klage auf Zahlung von Werklohn stattgegeben und aus unerfindlichen Gründen die detaillierten Mängelrügen des Beklagten einfach übergangen.⁴⁷
- (17) Das Landgericht Konstanz war der Meinung, der Räumungsprozess gegen den Mieter dürfe erst beginnen, wenn auf die Verurteilung im Forderungsprozess hin nicht gezahlt werde. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass diese Auffassung dem klaren Regelungssystem des Gesetzes widerspricht und damit jeder Grundlage entbehrt.⁴⁸
- (18) In einem Beschluss vom 29. 4. 1998 bescheinigte das Bundesverfassungsgericht dem Landgericht München II, es habe gegen die fundamentale Regel verstoßen, dass Falschbezeichnungen auch bei einer formbedürftigen Erklärung unschädlich seien.⁴⁹

⁴⁴ Weiß, Objektive Willkür, 2000, S. 80.

⁴⁵ BVerfGE 58, 163.

⁴⁶ BVerfGE 62, 189.

⁴⁷ BVerfGE 57, 39, besprochen von *Kroner*, JuS 1984, S. 601, und von *Schultz*, MDR 1981, S. 544 (546).

⁴⁸ BVerfGE 80, 48 (51 f.).

⁴⁹ WuM 1998, S. 399 = ZMR 1998, S. 549 = NZM 1998, S. 757.

- (19) In Urteilen des Amtsgerichts Frankfurt-Höchst und des Landgerichts Frankfurt a. M. waren Feststellungen über Grenzabstand und Höhe einer Hecke widersprüchlich.⁵⁰
- (20) Das Oberlandesgericht hatte eine Revision als offensichtlich unbegründet verworfen, ohne dass ein Verwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft nach § 349 Abs. 2 StPO vorlag.⁵¹
- (21) Eine „namens des Klägers“ eingereichte, zunächst aber nicht näher begründete Berufung wurde vom LG Marburg als unzulässig verworfen, da sie nicht erkennen lasse, von welcher Partei sie eingelegt worden sei.⁵²
- (22) Streiten kann man immerhin über eine Entscheidung, mit der ein Amtsgerichtsurteil als willkürlich aufgehoben wurde, weil es eine aufrechenbare Gegenforderung aus positiver Vertragsverletzung gegen einen Rechtsanwalt verneint hatte, der sein Anwaltshonorar eingeklagte. Der arbeitslose Beklagte hatte sich an den Rechtsanwalt gewandt mit dem Auftrag, hinsichtlich eines Unterhaltsrückstandes von fast 11.000 DM eine Ratenzahlungsvereinbarung zu treffen. Er warf dem Anwalt vor, er habe ihn nicht auf die Möglichkeit von Beratungshilfe hingewiesen. Das Amtsgericht hatte gemeint, für den Beklagten habe es andere Möglichkeiten zur Rechtswahrnehmung gegeben und die die Heranziehung eines Rechtsanwalts sei auch mutwillig gewesen.⁵³

Was sich bei „Auslegung des einfachen Rechts“ aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts als „krasse Fehlentscheidung“ darstellt, liegt keineswegs immer so krass. Das gilt gleich für den ersten einschlägigen Beschluss, mit dem das Gericht eine Entscheidung verwarf, die der bis dahin herrschenden Meinung und ständigen Rechtsprechung folgte, indem sie die Beiordnung eines Armenanwalts im Klageerzwingungsverfahren ablehnte⁵⁴, und das gilt erst recht für die wichtige Entscheidung zum Zuschlag in der Zwangsversteigerung weit unterhalb des Verkehrswertes, bei der es sogar ein Sondervotum gab. Diese und andere Entscheidungen werden in der Literatur ausführlich erörtert.⁵⁵ Schließlich fällt eine Häufung von Fällen im Bereich von Unterhaltsstreitigkeiten und Eigenbedarfskündigungen auf. Das scheint mir dafür zu sprechen, dass viele „Willkürfälle“ doch nicht so eindeutig als Fehler der Fachgerichte eingeordnet werden können.

Auch die „greifbare Gesetzeswidrigkeit“ ist als Fehlermaßstab zu grob. Gerichtliche Entscheidungen, die an sich mit Rechtsmitteln nicht anfechtbar wären, können wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ mit außerordentlichen Rechtsmitteln angegriffen

⁵⁰ BVerfGE 70, 93.

⁵¹ BVerfGE 59, 98.

⁵² BVerfGE 71, 202.

⁵³ BVerfG NJW 2000, S. 2494.

⁵⁴ BVerfGE 2, 336.

⁵⁵ So der grundlegende Beschluss BVerfGE 42, 64 (Zuschlag in der Zwangsversteigerung zu einem Bruchteil des Verkehrswertes) mit Sondervotum von *Geiger* (S. 79).

werden oder unbeachtlich sein.⁵⁶ Außerordentliche Rechtsmittel gewährt die Rechtsprechung zur Vermeidung einer offensichtlich begründeten Verfassungsbeschwerde. Deshalb entsprechen die Voraussetzungen der „greifbaren Gesetzeswidrigkeit“ weitgehend denjenigen der „objektiven Willkür“. Sie sind nur in Fällen krassen Unrechts erfüllt, wenn die angegriffene Entscheidung jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt, inhaltlich dem Gesetz fremd und mit der Rechtsordnung schlechthin unvereinbar ist. Eine „greifbare Gesetzeswidrigkeit“, die ausnahmsweise die Zulassung eines im Gesetz ausdrücklich ausgeschlossenen außerordentlichen Rechtsmittels rechtfertigen könnte, liegt nicht schon dann vor, wenn die angegriffene Beurteilung zwar aus dem Blickwinkel einer herrschend gewordenen Meinung schlechthin unvertretbar erscheint, diese Meinung ihrerseits jedoch noch nicht unumstritten ist und einzelne namhafte Autoren Auffassungen vertreten haben, die die gerichtliche Beurteilung zu stützen geeignet sind.⁵⁷ Hierfür reicht ein Verstoß gegen die Grundsätze über das Gebot des rechtlichen Gehörs regelmäßig nicht aus.⁵⁸ Auch die Nichtbeachtung wesentlicher Verfahrensvorschriften rechtfertigt allein noch nicht die außerordentliche Anfechtung.⁵⁹ Diese Möglichkeit soll „auf wirkliche Ausnahmefälle beschränkt bleiben“⁶⁰.

Die meisten Versuche zur Geltendmachung außerordentlicher Rechtsbehelfe bleiben ohne Erfolg. Vor allem Konkursverwalter haben, in der Regel vergeblich, versucht, mit der außerordentlichen Beschwerde die Versagung der Prozesskostenhilfe nach § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO zu bekämpfen.⁶¹ Die wenigen Gegenbeispiele sind nicht sehr eindrucksvoll. Gelegentlich führt „greifbare Gesetzeswidrigkeit“ zu unbeachtlichen Verweisungsbeschlüssen.

2) Methodenlehre

Die Rechtswissenschaft ist bei der Suche nach einem Fehlermaßstab kein guter Bundesgenosse. Zwar werden immer wieder einzelne Entscheidungen heftig kritisiert. Es gibt indessen außer einem Versuch von *Hattenhauer*⁶² keine Ansätze zu einer systema-

⁵⁶ BGHZ 28, 349, 350 (für den Fall einer „durch § 276 ZPO schlechterdings nicht mehr gedeckten Verweisung“ – noch ohne Verwendung der Begriffe „greifbare Gesetzeswidrigkeit“ und „außerordentliches Rechtsmittel“); BGHZ 109, 41 (43); 119, 372 (374); 121, 397 (398); BGH NJW 1989, S. 2625; NJW 1990, S. 1794; NJW 1992, S. 983 (984); NJW 1993, S. 135; NJW 1994, S. 2363 (2364); NJW 1996, S. 466 (467); NJW 1999, S. 1404.

⁵⁷ BGH NJW 1994, S. 2363 (2364).

⁵⁸ BGHZ 43, 12; BayObLG NJW 1988, S. 72; anders OLG Schleswig NJW 1988, S. 67 und S. 69.

⁵⁹ BGH VersR 1975, S. 343 (344).

⁶⁰ BGH NJW 1988, S. 49 (51).

⁶¹ Z. B. BGH NJW 1998, S. 1715; NJW 1999, S. 1404. Erfolgreich aber in BGHZ 119, 372 (374) mit Besprechung von *Chlosta* NJW 1993, S. 2160, der macht geltend, es habe gar keine „greifbare Gesetzeswidrigkeit“ und Anmerkung von *Gottwald/Semmelmayr* (JZ 1993, S. 413), die u. a. darauf hinweisen, es sei kein Anlass zur Zulassung der außerordentlichen (weiteren) Beschwerde vorhanden gewesen, da mangels Rechtskraft der Entscheidung des OLG der Konkursverwalter den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe neu hätte stellen können.

⁶² *Hattenhauer*, Kritik des Zivilurteils, 1970.

tischen Urteilskritik. Wenn man die juristische Methodenlehre zu Rate zieht, so findet man auch dort keine brauchbaren Gütekriterien. Ja, man gewinnt den Eindruck, dass die Formulierung solcher Kriterien gar nicht das Ziel der juristischen Methode sei.⁶³ Die Methodenlehre trägt einen Nihilismus zur Schau, der sie daran hindert, Fehler beim Namen zu nennen. Ihre vielfältigen theoretischen Bemühungen bleiben in der Praxis schlicht irrelevant. Vielleicht hatte aber auch *Esser* Recht, wenn er meinte, die juristische Methode diene eher der nachträglichen Rechtfertigung vorgefasster Meinungen als ihrer originären Begründung.⁶⁴

Für die Methodenwahl – insoweit ist *Esser* nicht überholt – gibt es trotz ausgedehnter Diskussion nach wie vor keine klaren Kunstregeln. In den meisten Fällen kommt es gar nicht so weit, dass die Gerichte bewusst oder gar explizit eine der anerkannten Methoden wählen. In der Regel werden eines oder wenige Argumente angeführt. Die Wahl einer bestimmten Methode ist nicht erkennbar. Der „Fehler“ läge also schon in fehlendem Methodenbewusstsein. Doch auch insoweit ist es schwer, wenn nicht ausgeschlossen, Kunstfehler in dem hier gemeinten Sinn aufzudecken. Fehler zeigen sich am deutlichsten in dem breiten und wichtigen Bereich eher handwerklicher juristischer Arbeitstechniken unterhalb der juristischen Methode.

3) Die Schmitt'sche Formel

Für die Richtigkeit eines Urteils gibt es eine berühmte Formel von *Carl Schmitt*:

„Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. ‚Ein anderer Richter‘ bedeutet hier den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen.“⁶⁵

Ein Urteil ist aber nicht schon dann mangelhaft, wenn es diesen Maßstab verfehlt. In Anlehnung an die Schmitt'sche Formel kann man aber vielleicht sagen, ein Urteil sei mangelhaft, wenn andere Richter eine Entscheidung für schlechthin unvertretbar halten. Das ist ein empirischer Maßstab, der wiederum nicht einfach einzulösen ist. Als Ersatz müssen vorläufig möglichst evidente Fehlerbeispiele dienen.

4) Die Goldene Regel

Im Gegensatz zu allen anderen Dienstleistern haften die Gerichte nicht für ihre Fehler.

„Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken.“⁶⁶

⁶³ *Rottleuthner/Böhm/Gasterstädt*, Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters, 1992, S. 116 f.

⁶⁴ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1970.

⁶⁵ *Gesetz und Urteil*, 1912, S. 71.

⁶⁶ BGH NJW 1974, 1865, S. 1866 r. Sp.

Nach ständiger Rechtsprechung ist es Aufgabe der Rechtsanwälte, die Gerichte auf ihre Fehler aufmerksam zu machen; andernfalls haben sie für den ihren Mandanten entstehenden Schaden einzutreten. „Nur die Anwaltshaftung funktioniert.“⁶⁷ Aber eine Haftung der Anwälte bietet keine Lösung für Fehler des Gerichts. In erster Linie muss es darum gehen, die Fehler an der Quelle abzustellen. Die Anwaltschaft zitiert gerne eine Formulierung von *Rinsche*:

„Der pflichtgemäß arbeitende Rechtsanwalt im Sinne der Rechtsprechung muß – überspitzt formuliert – danach ein juristischer Supermann sein, der über ein computerhaftes Gedächtnis, ein hervorragendes Judiz sowie über höchste Intelligenz und Energie verfügt.“⁶⁸

Ob die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Anwalts von der Rechtsprechung tatsächlich übertrieben werden, ist umstritten⁶⁹ und mag hier dahinstehen. Nach der Goldenen Regel dürften die Gerichte an sich selbst keine geringeren Anforderungen stellen als an Rechtsanwälte, Staatsanwälte⁷⁰ oder andere Amtsträger, die juristisch begründete Entscheidungen zu treffen haben, und zwar gerade deshalb, weil man sie im Allgemeinen nicht haftpflichtig machen kann.

Die Anwaltstätigkeit ist weit fehleranfälliger als die der Richter. Die größte Fehlerquelle bei den Anwälten liegt in der Versäumung materieller und prozessualer Pflichten. Gerichten setzen sich ihre Fristen selbst. Der Anwalt muss eine Entscheidungsprognose stellen und dabei Vorsicht walten lassen. Der Richter hat im Zweifel selbst das letzte Wort. Umso weniger werden die Gerichte hinter dem zurückstehen wollen, was sie von der Anwaltschaft verlangen. Fehler bei der Beurteilung der Rechtslage, die eine Haftung des Anwalts nach sich ziehen, müssten daher, wenn sie einem Gericht unterlaufen, relevant sein. Bei der Beschreibung der objektiv erforderlichen Sorgfalt im Rahmen des § 839 II BGB nehmen die Gerichte auch sich selbst entsprechend in die Pflicht. Auch „der Richter [hat] die Amtspflicht, eine Entscheidung oder eine richterliche EntschlieÙung nach der bestehenden Gesetzes- und Rechtslage zu treffen

⁶⁷ *Schneider*, NJW 2021, S. 3356 (3358).

⁶⁸ *Rinsche*, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Aufl., 1998, Rn. I 72 (S. 27).

⁶⁹ *Rinsche* in der Tendenz zustimmend vor allem *Hartstang*, Anwaltsrecht, 1991, 539; Prinz, VersR 1986, S. 317; distanziert dagegen *Vollkommer*, Anwaltschaftsrecht, 1989, Rn. 92-97; *Zugehör* in: *Zugehör* (Hrsg.), Handbuch der Anwaltshaftung, 1999, Rn. 549 ff. Dieses Handbuch haben pikanter Weise haben drei Bundesrichter geschrieben, von denen zwei Mitglieder des für die Anwaltshaftung zuständigen IX. Zivilsenats sind und einer dem mit der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte befassten IV. Zivilsenat angehört.

⁷⁰ BGH NJW 1994, S. 3162; BGH NJW 1998, S. 751, BGH NJW 2000, S. 2672/2673. In diesem Zusammenhang erscheint es bemerkenswert, wie Staatsanwälte die Gefahr eines Regresses – der doch durch das Beamtenrecht sehr abgemildert ist –, beklagen, während die direkte Haftung für leichteste Fahrlässigkeit bei Ärzten, Rechtsanwälten oder Steuerberatern eine Selbstverständlichkeit ist (Gewinnabschöpfung im Strafverfahren. Waffe des Rechtsstaats oder Regressfälle?, Richter und Staatsanwalt in NRW, 22, Oktober 2001, S. 1-5; Amtshaftung von Staatsanwälten. Drohen Gefahren durch neue Rechtsprechung des BGH zu den Haftungsvoraussetzungen?, ebd., Dezember 2001, S. 12 f.). Der Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen sah sich veranlasst, die Staatsanwälte zu beruhigen, die Hürden für einen Regress seien sehr hoch (Richter und Staatsanwalt in NRW, Januar 2002, S. 9).

und zweifelhafte Rechtsfragen unter Benutzung der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft unter Beachtung der einschlägigen Rechtsprechung der Obergerichte und des Schrifttums zu prüfen und danach, fußend auf vernünftigen Überlegungen, seine Rechtsmeinung zu bilden⁷¹. Aber die Pflichtverletzung hat keine Konsequenzen.

Wenn man die Anforderungen der Rechtsprechung an die Sorgfaltspflichten der Rechtsanwälte bei der rechtlichen Prüfung eines Falles auf die Gerichte selbst anwendet, ergibt sich etwa folgendes: Es ist die vornehmste und wichtigste Aufgabe des Richters, den von ihm ermittelten Sachverhalt auf das von den Parteien erstrebte Rechtsschutzziel sorgfältig und „nach jeder Richtung“⁷² rechtlich zu prüfen. ... Diese Pflicht stellt hohe Anforderungen. Sie verlangt regelmäßig, dass der Richter zusätzlich zu seinem bereits vorhandenen Wissen weitere fallbezogene Kenntnisse hinzu erwirbt.

Natürlich hat kein Jurist lückenlose Gesetzeskenntnis parat. Aber es muss doch von ihm erwartet werden, dass er fallbezogen alle einschlägigen Rechtsnormen recherchiert. Alles andere wäre ein Kunstfehler. Auch neue oder geänderte Rechtsnormen, wenn sie für den konkreten Fall relevant sind, müssen ermittelt werden. Dafür gibt es keinen Toleranzzeitraum. Zu den Pflichten des Anwalts und damit auch der Richter gehört selbstverständlich auch die Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Gerichte haben ihre Entscheidungen auch grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten. Es gibt zwar in unserem Rechtssystem keine Präjudizienbindung. Kein Gericht braucht daher die Ansicht eines anderen kritiklos zu übernehmen. Aber eine Abweichung aus Unkenntnis wäre ein Kunstfehler, und eine Abweichung ohne eine Begründung ebenso.⁷³ Auch in unanfechtbaren Entscheidungen scheint mir eine Abweichung von einer festen Rechtsprechung nicht akzeptabel zu sein.

Die Pflicht zur Ermittlung und Berücksichtigung der Rechtsprechung der Untergerichte geht längst nicht soweit. Immerhin ist insoweit die Kenntnis und Berücksichtigung der Entscheidungen gleichgeordneter und übergeordneter Gerichte im Bezirk zu fordern.

Soweit es an einer klaren höchstrichterlichen Rechtsprechung fehlt, ist zu erwarten, dass das Gericht sich einen Überblick über das juristische Schrifttum verschafft. Vollständigkeit ist insoweit zwar ausgeschlossen. Doch was der BGH von Anwälten fordert – „neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, namentlich das Entstehen neuer Rechtsfiguren zu verfolgen“ und zu diesem Zweck mindestens die Standardkommentare zu lesen⁷⁴ – ist von den Gerichten nicht zu viel verlangt. Freilich muss die notwendige Literatur dann auch vorhanden sein, und zwar nicht nur in einer

⁷¹ BGHZ 36, 144 (148 f.).

⁷² BGH WM 1993, S. 1376 (1377).

⁷³ Vgl. BVerfG NJW 1995, S. 2911.

⁷⁴ BGH NJW 1993, S. 3323; ähnlich BGH NJW-RR 1993, S. 243 (245 r. Sp.). *Rinsche* (Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars Rn. I 74) moniert, dass den Anwälten in der letztgenannten Entscheidung zugemutet werde, einen Aufsatz im AcP zu berücksichtigen.

weit entfernten Bibliothek, sondern in der Nähe des Arbeitsplatzes. In Diskussion über die Qualität der Justiz fehlt es m. W. bisher an Überlegungen zur angemessenen Ausstattung der Richterarbeitsplätze. Auch hier gilt: Es genügt nicht, allgemein die schlechte Ausstattung zu beklagen, sondern es müssen konkrete Vorstellungen entwickelt werden, wie dies Ausstattung auszusehen hätte. Dafür können wiederum aus der Fehlerbeobachtung Lehren gezogen werden.

5) Zum Verhältnis von Ergebnis und Begründung

Zum Glück hat nicht jeder Fehler schlimme Folgen. Wenn Ärzte Fehler machen, hilft die Natur sich manchmal selbst, und viele Patienten würden auch ohne ärztliche Hilfe wieder gesund. Fehler der Rechtsanwälte werden oft von den Gerichten aufgefangen. Und wenn Gerichte Fehler machen, muss das nicht unbedingt eine falsche Entscheidung zur Folge haben.

Im Universitätsunterricht verkünden wir ständig, es komme nicht auf das Ergebnis an, sondern auf die Begründung. Ich empfinde solche Äußerungen inzwischen als zynisch und vermeide sie. Natürlich kommt es auf das Ergebnis an. Aber man kann ein Ergebnis, jedenfalls nach Prüfungsrecht, nicht für fehlerhaft halten, wenn seine Ableitung akzeptabel ist. In unserem Zusammenhang ist die umgekehrte Situation interessanter: Oft lässt sich in der Begründung einer Entscheidung mehr oder weniger deutlich ein Fehler entdecken. Aber das bedeutet nicht, dass die Entscheidung deshalb falsch sein muss. Oft lässt sie sich mit anderen Gründen halten. Die Frage ist deshalb, welche Bedeutung bloßen Begründungsfehlern zukommt.

Die Jurisprudenz beansprucht gerade darum den Status einer Wissenschaft, weil sie ihre Ergebnisse nicht freihändig, sondern durch Argumentation gewinnt. Fehler in Gerichtsurteilen lassen sich letztlich überhaupt nur an Hand falscher Begründungen feststellen. Auf das Ergebnis kommt es an. Aber nur an der Begründung erkennt man Fehler. Deshalb muss man für die Zwecke einer justizinternen Qualitätsbeobachtung ein Urteil auch dann als fehlerhaft ansehen, wenn zwar die Begründung einen Fehler enthält, das Ergebnis sich aber vielleicht mit anderer Begründung halten lässt. Das gilt auch für obiter dicta, die zwar definitionsgemäß nicht ergebnisrelevant sind, aber doch erhebliche Fernwirkungen haben.

6) Fehler, die Schule machen

Wie schwierig es ist, ein Urteil als fehlerhaft einzustufen, zeigt eine Reihe mehr oder weniger prominenter Fälle, in denen ein Urteil, das man anfänglich nach methodischen Maßstäben als falsch bezeichnet hätte, am Ende akzeptabel ist oder mindestens ernsthaft diskutiert wird. Beispiele geben die Anerkennung des Sicherungseigentums oder die Reduktion des Abtretungsverbots (§ 400 BGB) gegen seinen Wortlaut.

VI. Die Materialbasis

Die vermisste Fehlerlehre lässt sich nicht ad hoc nachliefern, denn ich kann nur auf direkt oder indirekt veröffentlichte Entscheidungen oder verstreute Hinweise in der Literatur zurückgreifen. Auf dieser Grundlage habe ich eine Reihe von Fehlerbeispiele

len zusammengetragen. Das Material eignet sich aber nicht zu Verallgemeinerungen. Es dient alleine zum Beleg dafür, dass es möglich ist, auch im Zentrum der richterlichen Arbeit Fehler auszumachen.

Um zu einer breiteren Datenbasis zu gelangen, könnte man daran denken, Zufallsstichproben unterschiedlicher Verfahren auf Fehler hin zu untersuchen. Das wäre allerdings sehr schwierig, denn dazu brauchte man beinahe *Dworkins* Superrichter Herkules. Die Untersuchung brächte aber auch sonst viele Probleme mit sich. Die Fehlerdichte ist – hoffentlich – so gering, dass ein erheblicher Aufwand getrieben werden müsste. Mehr als eine Aktenuntersuchung wär ohnehin kaum zu leisten. Aber nicht alle Fehler werden aktenkundig. Man kann diesen Weg aber nicht von vornherein ausschließen.

Auf der Suche nach Material für eine Art Fehlerlehre wird man sich eher an die Verfahren halten, in denen die Beteiligten selbst von ihnen wahrgenommene Fehler rügen, also an die Rechtsmittelverfahren. Zur Verfügung stehen insoweit die in großer Zahl veröffentlichten Entscheidungen. In erster Linie zeigen sich darin Fehler im Sinne des Rechtsmittelrechts, die nicht ohne weiteres auch Kunstfehler sind, wie sie hier gesucht werden. Auch die Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte selbst können wieder fehlerhaft sein, darauf wird man gelegentlich durch Urteilsbesprechungen aufmerksam gemacht. Doch insgesamt gesehen ist die Ausbeute an Fehlern in den veröffentlichten Entscheidungen nicht sehr groß.

Es gibt einige Rechtsbehelfe und Verfahren, die vermutlich gehäuft „pathologische“ Fälle zu Tage fördern. In Betracht kommen insbesondere folgende Konstellationen:

- Strafverfahren wegen Rechtsbeugung und Richterbestechung
- Wiederaufnahmeverfahren
- Zurückverweisung der Berufung nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wegen eines wesentlichen Mangels des erstinstanzlichen Verfahrens
- Urteilsberichtigungen und Urteilsergänzungen nach §§ 319 - 321 ZPO
- Urteilsverfassungsbeschwerden
- Richterablehnung
- Ausnahmerechtsmittel
- Dienstaufsichtsbeschwerden und Disziplinarverfahren nach § 26 DRiG
- Niederschlagung von Kosten wegen falscher Sachbehandlung nach § 8 GKG⁷⁵
- nach § 839 Abs. 2 BGB immerhin mögliche Amtshaftungsklagen
- Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Menschenrechtsverletzungen durch die Justiz⁷⁶.

⁷⁵ Dazu mit vielen Beispielen *Schneider*, MDR 2001, 914.

⁷⁶ Im Fall *Elsholz*, in dem der EGMR dem Kläger entsprechend Art. 41 der Konvention ein Schmerzensgeld von 35.000 DM wegen Verletzung der Konvention durch die deutsche Justiz zusprach, kann von einem Fehler der Gerichte in dem hier gemeinten Sinne nicht die Rede sein. Immerhin gab es ein Sondervotum von vier der 17 Richter, die eine Verletzung von Art. 6 und 8 der Konvention verneinten, weil sie meinten, mit der Forderung nach einem Sachverständigen-gutachten mische sich der Gerichtshof zu sehr in die prinzipiell den staatlichen Gerichten vorbehaltenen Beweiswürdigung ein. Auch die Forderung nach einer erneuten mündlichen Verhandlung mit Anhörung der Beteiligten sei übertrieben, denn zwei Monate nach der Verhandlung vor dem

Mangels besonderer Erhebungen ist man jedoch auch insoweit auf veröffentlichte Entscheidungen angewiesen, die in der Regel nicht publiziert werden, um Fehler der Justiz vorzuzeigen, sondern um Antworten auf mehr oder wenige offene Rechtsfragen zu geben.

Weiter wäre daran zu denken, Richter selbst zu befragen, welche Fehler ihnen und ihren Kollegen unterlaufen. Diese Quelle könnte durchaus ergiebig sein, denn von Insidern hört man nicht selten über Fehler, die nicht an die Öffentlichkeit dringen.⁷⁷

Ergiebig könnten auch die Auskünfte von Rechtsanwälten ausfallen. Als Ersatz für eine Befragung steht vorläufig der „ZAP-Report: Justizspiegel“ zur Verfügung, den *Egon Schneider* vor allem auf Grund von Einsendungen von Rechtsanwälten zusammengestellt hat.⁷⁸

Ich kann die genannten Möglichkeiten nicht ausschöpfen, sondern muss mich auf direkt oder indirekt veröffentlichte Gerichtsentscheidungen und auf einschlägige Stellungnahmen in der juristischen Literatur stützen. Diese Materiallage verbietet nicht nur Verallgemeinerungen. Sie hat noch weitere Einschränkungen zur Folge. Viele Fehler unterlaufen vermutlich bei der Tatsachenfeststellung vor allem auf Grund falscher Beweiswürdigung. Dass es prinzipiell möglich ist, sich auch diesem Gebiet zu nähern, zeigt die bereits erwähnte Untersuchung von *Karl Peters* über die Wiederaufnahmegründe im Strafverfahren. Sie zeigt aber auch, wie aufwendig es ist, den Tatsachenfeststellungen der Gerichte nachzugehen. Daher muss ich diesen Bereich aussparen. Ich konzentriere mich auf Fehler bei der Handhabung des Verfahrens und bei der

Amtsgericht seien darauf kaum neue Einsichten zu gewinnen gewesen. Dennoch bleibt es bemerkenswert, dass der Staat wegen eines „Fehlers“ seiner Gerichte zu Schmerzensgeld verurteilt wird. Ich wundere mich deshalb über das geringe Echo der genannten Entscheidung. Die Entscheidung ist abgedruckt in DAVorm 2000, S. 679. Dort auch Anmerkungen von *Koepfel* (S. 640) und *Liermann* (S. 630), die sich aber nur mit der Bedeutung der Entscheidung für das Kindschaftsrecht befassen.

⁷⁷ Während ich diesen Vortrag vorbereitete, hatte ich mit einem Vorsitzenden Richter am OLG einen Stapel Examensklausuren zu beraten. Meine Noten lagen in der Tendenz etwas höher. Der Mitprüfer mahnte mich zur Strenge, denn es würden in der Praxis zu viele Fehler gemacht. Er habe gerade mit einem Widerrufsvergleich zu tun, in den eine Auflassung aufgenommen worden sei. Weder die vollbesetzte Kammer des Landgerichts noch die beiden Anwälte hätten die Anwendbarkeit des § 925 Abs. 2 BGB bedacht. Vielleicht ist dies der Ort darauf hinzuweisen, dass die Goldene Regel auch für Professoren gilt. Soeben ist mir selbst in der Lösungsskizze für die Ferienhausarbeit zur BGB-Übung ein peinlicher Fehler unterlaufen. Es ging um eine Präsenzauktion, für die ein Interessent vorab über das Internet ein „Gebot“ abgegeben hatte. Wie selbstverständlich hatte ich dieses „Gebot“ als Gebot i. S. von § 156 BGB behandelt und damit übersehen, dass es sich nach BGH NJW 1983, S. 1186 nur um den Auftrag an den Auktionator handelt, während der Versteigerung für den Interessenten ein entsprechendes Gebot abzugeben. In JuS 2001, S. 1248 machen zwei Studenten (*Florian Mächtel*, *Bernd W. Göppner*) den Verfasser einer Strafrechtsklausur darauf aufmerksam, dass ihm Art. 1 der VO vom 16. 6. 1999 entgangen ist, durch welche die in der Lösungsskizze herangezogene VO PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 6. 3. 1972 aufgehoben wurde.

⁷⁸ 2. Aufl. 1999, laufend fortgesetzt im Loseblatt-Werk ZAP – Zeitschrift für die anwaltliche Praxis, Fach 1.

Anwendung des materiellen Rechts, weil diese Fehler sich bis zu einem gewissen Grade in veröffentlichten Entscheidungen widerspiegeln.

Was sich in veröffentlichten Entscheidungen niederschlägt, ist vielleicht die Spitze eines Eisbergs, vielleicht aber auch nur ein Stück Treibeis. Eine quantitative Einschätzung der Fehlerhaftigkeit gerichtlicher Verfahren und Entscheidungen wage ich nicht.

VII. Fehlerursachen

Über die Fehlerursachen lässt sich wenig ausmachen, solange die in Betracht kommenden Fehler nicht näher beschrieben sind. Daher vorläufig nur soviel: Fehler werden nicht festgestellt, um die Verursacher zur Verantwortung zu ziehen, sondern um Strategien zur Vermeidung von Fehlern zu entdecken. Voraussetzung dafür ist wiederum die Benennung typischer Fehlerursachen. Mit allgemeinen Erklärungen wie Überlastung der Justiz, Komplexität des Rechts oder der Irrtumsanfälligkeit allen Handelns ist es nicht getan. Ingenieure und Mediziner haben es insoweit nicht leichter als Juristen.

Man kann nicht von der Hand weisen, dass schlechte Gesetze zu Fehlern führen.⁷⁹ Schlechte Gesetze sind ein Problem, aber keine Entschuldigung für eigene Fehler. Daher sehen die Gerichte mit gutem Grund den Rechtsanwälten keine Fehler nach. Sie sollten jedenfalls akzeptieren, dass sie auch selber Fehler machen. Im Übrigen gilt: „Gute Richter sind noch wichtiger als gute Gesetze.“⁸⁰

Eine typische Fehlerursache ist die Verteilung der Justiz auf verschiedene Gerichtsbarkeiten und die damit verbundene Spezialisierung⁸¹. Es fällt auf, dass die Zivilrichter ihre Unkenntnis des Steuerrechts beinahe wie ein Markenzeichen vor sich her tragen. Es fehlt den Zivilgerichten aber auch an sozialrechtlichen Kenntnissen (Fehlerbeispiel 1).

Auffällig scheint mir, dass gelegentlich Selbstverständlichkeiten, die kaum irgendwo explizit gemacht werden, aber doch jedem Kundigen vertaut sind, gelegentlich zu Fehlern führen (Fehlerbeispiele 5, 6, und 17). Als typische Fehlerquelle erweisen sich die häufigen Vorlagepflichten, die oft vernachlässigt werden. Beklagt wird in diesem Zusammenhang besonders der sog. horror pleni der oberen Bundesgerichte und die Verletzung der Vorlagepflicht zum EuGH aus Art. 234 EV.⁸² In der Regel bleibt als Rechtsbehelf dann nur noch die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, die freilich nur Erfolg hat, wenn die Verletzung zu Vorlage an ein anderes Gericht (als den gesetzlichen Richter) nicht bloß auf einem Irrtum beruht,

⁷⁹ *Börstinghaus*, NZMR 2002, S. 16 zum reformierten Mietrecht; *Schneider* NJW 2002, S. 3756 zur neuen ZPO.

⁸⁰ *K. S. Bader*, DRiZ 1961, S. 237.

⁸¹ *Diederichsen* beklagte in seinem Gutachten zum 56. Dt. Juristentag 1986 (Bd. II, L 48/59), dass das angebliche „Fehlerrisiko“, dass bei der Berücksichtigung anderer Rechtsgebiete bestehe, zum Argument geworden sei, um sich gegenüber anderen Rechtsgebieten abzuschotten.

⁸² *Meilicke*, BB 2000, S. 17; *Schneider*, MDR 2000, S. 10.

sondern dem Bundesverfassungsgericht auch willkürlich erscheint⁸³. Eine Erklärung für die Nichtbeachtung von Vorlagepflichten liegt, so scheint mir, auf der Hand. Vorlagepflichten sind abgeschwächte Auslegungsverbote und werden wie diese grundsätzlich schlecht befolgt.⁸⁴ Besonders fehlerträchtig sind anscheinend auch Verweisungen. Verweisungen sind meistens Abschiebungen. Man wird eine Sache los. Daher wehren sich die Gerichte, denen der Prozess abgegeben wird, gelegentlich damit, dass sie die Verweisung wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ entgegen § 17 Abs. 2 S. 3 GVG für unverbindlich halten.

VIII. Selbstgerechtigkeit der Gerichte

Im Umgang mit ihren eigenen Fehlern beweist die Justiz eine Selbstgerechtigkeit, die selbst zur Fehlerursache werden könnte. Die Selbstgerechtigkeit der Gerichte zeigt sich in dem „Bestreben . . ., eigene Fehler herunter zu spielen und sich möglichst von Sanktionen freizustellen“⁸⁵. *Egon Schneider* meint, dieses Bestreben sei hinreichend bekannt. Dennoch sollen die wichtigsten Erscheinungsformen genannt werden.

a) Unsensibler Umgang mit der Richterablehnung

Die Unparteilichkeit der Gerichte ist ein Fundament der Justiz. Wo sie in Frage steht, können die Parteien einzelne Richter ablehnen. Über das Ablehnungsgesuch entscheidet zwar nicht der abgelehnte Richter, aber doch das Gericht, dem er angehört. Die Selbstkontrolle reicht nicht weit.⁸⁶ Das Oberlandesgericht München hatte über den Antrag auf Ablehnung eines Familienrichters durch eine allein erziehende Mutter mit einem behinderten Kind zu befinden, die sich nicht ernst genommen fühlte, weil der Richter den Termin der Unterhaltssache auf den 11. 11. um 11 Uhr 11 anberaumt hatte. Mit der Begründung, eine Terminierung auf 11 Uhr 10 wäre sicher von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet worden, hat das OLG die Beschwerde verworfen. Der Richter habe sich einen kleinen Scherz erlaubt. Die Annahme, er könne den Streit als närrisch empfinden, sei abwegig. Solche Überempfindlichkeiten könnten im Ablehnungsverfahren nicht berücksichtigt werden.⁸⁷ In einer Kritik dieser Entscheidung erinnert *Schneider*, ohne sie zu nennen, an die Goldene Regel, indem er sich

⁸³ BVerfGE 3, 359 (363). Daher sind aus der langen Reihe der Verfassungsbeschwerden nur wenige erfolgreich; erfolgreich z. B. BVerfGE 42, 237 (241) wegen Verletzung des § 121 Abs. 2 GVG durch OLG Köln; E 76, 93, gleichfalls wegen Verletzung von § 121 Abs. 2 GVG, durch LG Wiesbaden.

⁸⁴ *Röhl*, Allg. Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 92 ff.; *ders.*, Vorlagepflichten als Auslegungsverbote, in: *Karpen/Weber/Willoweit, Rechtsforschung, Rechtspolitik und Unternehmertum*, Gedächtnisschrift für Wenz, 1999, 445.

⁸⁵ MDR 2001, S. 914.

⁸⁶ Darüber klagt auch *Lamprecht*, *Karlsruher Befangenheits-Logik*, NJW 1999, S. 2791.

⁸⁷ NJW 2000, S. 748.

vorstellt, wie ein Gericht reagieren würde, wenn eine Partei am 11. 11. um 11 Uhr im Gerichtssaal eine Narrenkappe aufsetzte.⁸⁸

b) Ohnmacht der Dienstaufsicht

Durch seine Kernbereichstheorie hat der BGH jede Reaktion der Dienstaufsicht auf Kunstfehler untersagt. Ich zitiere dazu aus dem Kommentar von *Schmidt-Ränsch* zum Deutschen Richtergesetz: „Diese Lehre wird aber den Herausforderungen und vielleicht sogar Gefährdungen nicht gerecht werden können, die auf die richterliche Unabhängigkeit zukommen. ... Die Kernbereichstheorie führt in einer Reihe von Fällen zu Ergebnissen, die weder der Öffentlichkeit noch juristisch vermittelbar sind.“⁸⁹ Die Folge ist, dass die Dienstaufsicht berechnete Beschwerden wegen offensichtlicher Kunstfehler gegenüber den Betroffenen abwehren muss.

c) Spruchrichterprivileg

Nach § 839 Abs. 2 BGB ist ein Beamter, der bei einem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt für den daraus entstehenden Schaden nur verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht, d.h. praktisch nur bei Rechtsbeugung oder Richterbestechung. Das gilt allerdings nicht bei pflichtwidriger Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung (§ 823 Abs. 2 Satz 2 BGB).⁹⁰

Die restriktive Handhabung des § 839 Abs. 2 BGB beginnt schon bei der Erweiterung des Urteilsbegriffs über Urteile im technischen Sinne hinaus. Anfangs verlangte der BGH das Vorliegen einer Streit- oder Strafsache; soweit die Prozessordnungen nicht Teil- oder Zwischenurteile vorsehen, eine instanzbeendende Entscheidung, die Gewährung rechtlichen Gehörs und mindestens die Möglichkeit der mündlichen Verhandlung.⁹¹ 1955 meinte der BGH noch, § 839 Abs. 2 BGB bringe eindeutig zum Ausdruck, dass das Spruchrichterprivileg nicht für Beschlussverfahren gelte.⁹² 1962 distanzierte sich der BGH von der vorgenannten Entscheidung und stellte nunmehr auf die Rechtskraftfähigkeit der Entscheidung ab⁹³. Auch darauf verzichtete er, als es um einen Entmündigungsbeschluss nach § 645 Abs. 1 ZPO a. F. ging⁹⁴. Das Richterprivi-

⁸⁸ *Schneider*, Karnevals-Sitzung, NJW 2000, S. 709.

⁸⁹ *Günther Schmidt-Ränsch/Jürgen Schmidt-Ränsch*, Deutsches Richtergesetz, 5. Aufl. 1995, § 26 Rn. 25a.

⁹⁰ In den Augen des Publikums ist das richterliche Haftungsprivileg anscheinend ein Ärgernis. In Italien wurde solche die Haftungsprivilegien der Richter 1987 durch eine Volksabstimmung abgeschafft; *Stuth*, Staatshaftung für Justizfehler. Italiens neues Richterhaftungsgesetz im Vergleich zur deutschen Rechtslage, EuGRZ 1990, S. 353.

⁹¹ BGHZ 10, 55 (60 f.).

⁹² BGH NJW 1956, S. 1716.

⁹³ BGHZ 36, 379 (386).

⁹⁴ BGH NJW 1966, S. 2307.

leg soll verhindern, dass ein rechtskräftig abgeschlossener Rechtsstreit noch einmal unter dem Aspekt der Amtshaftung neu aufgerollt wird.⁹⁵ Doch auch an dieser Voraussetzung hält der BGH nicht fest, wenn er das Richterprivileg gegenüber Dritten anwendet, die von der Rechtskraft des Urteils gar nicht betroffen sind.⁹⁶ Es ist aber auch gar nicht einleuchtend, dass das Richterprivileg als Rechtskraftstütze – wie *Grunsky*⁹⁷ es polemisch getauft hat – dienen soll, denn der Haftungsprozess spielt sich gar nicht zwischen den Parteien ab, sondern zwischen einer Partei und dem Staat als Träger der Justiz. Es ist durchaus normal, dass der gleiche Lebenssachverhalt im Rechtsstreit mit Dritten erneut Gegenstand eines Rechtsstreits wird. So geschieht es in vielen Regressprozessen. Die Rechtskraft des Vorurteils wird nicht tangiert, denn sie ist subjektiv auf die Parteien des Vorprozesses beschränkt.

Natürlich liegt es nahe, Sinn und Zweck des Richterprivilegs in dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit suchen, die in Gefahr geraten könnte, wenn der Richter mit Ersatzansprüchen rechnen müsste.⁹⁸ Aber die Ersatzansprüche werden durch Art. 34 GG gegen den Staat umgeleitet, der nur bei grober Fahrlässigkeit Rückgriff nehmen darf.⁹⁹ Dieses Risiko lässt sich mit einer Haftpflichtversicherung für 55 EUR abwenden. Daher ist diese Restriktion nicht sehr überzeugend. Der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit als Gesetzeszweck wurde anfangs vom BGH ausdrücklich verneint.¹⁰⁰ Doch das hat sich inzwischen geändert. Die entscheidende Restriktion kommt jetzt bei der Frage des Verschuldens:

„Soweit bei richterlichen Entscheidungen außerhalb des ‚Richterprivilegs‘ im Amtshaftungsprozess darüber zu befinden ist, ob ein Richter bei der Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung schuldhaft amtspflichtwidrig gehandelt hat, ist der Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu beachten. Ein Schuldvorwurf kann dem Richter in diesem Bereich nur bei besonders groben Verstößen gemacht werden.“¹⁰¹

⁹⁵ Dieser Gesetzeszweck wird auch in der Literatur betont: B. Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 1974, Rn. 631; *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, S. 184; *Leipold*, Das Haftungsprivileg des Spruchrichters, JZ 1967, 737 (739); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 101.

⁹⁶ BGHZ 50, 14 (19) mit kritischer Anmerkung von *Leipold*, JZ 1968, S. 465.

⁹⁷ A. a. O. S. 148.

⁹⁸ So *Grunsky*, Zur Haftung für richterliche Amtspflichtverletzungen, FS Raiser, 1974, S. 141; BGH NJW-RR 1992, S. 919; BGH DAT-Zivil, B. v. 26. 4. 1990 – III ZR 182/89.

⁹⁹ Die Voraussetzungen eines Rückgriffs sind sehr hoch; vgl. BGH NJW 1988, S. 1265; BGH NJW 1992, S. 3236; BGH NJW-RR 1994, S. 1471; BVerwGE 19, 243 (248).

¹⁰⁰ BGH NJW 1962, 36 (37 r. Sp.).

¹⁰¹ BGH NJW-RR 1992, S. 919.

Immerhin bleibt noch eine ganze Reihe von Tätigkeiten, für die aber doch richterliche Unabhängigkeit in Anspruch genommen wird, die aber nicht unter das Spruchrichterprivileg fallen.¹⁰² Es kommen sogar Verurteilungen vor.¹⁰³

d) *Rechtsbeugung*

In historischer Zeit war die Angst vor dem *judex corruptus* groß. Heute erscheint die Justiz als die einsame Insel, die von der Flut der Korruption verschont geblieben ist. Auch Rechtsbeugung ist kein Phänomen, das wegen seines Umfangs Besorgnis erregt. Wichtig ist der Tatbestand wegen seiner symbolischen Bedeutung. Alle Professionen definieren sich über ein spezifisches Vertrauenskapital. Den Ärzten sind Leben und Gesundheit ihrer Patienten anvertraut. Deshalb ist jeder Angriff auf diese Rechtsgüter besonders verwerflich. Wissenschaftler dürfen ihre Ergebnisse nicht verfälschen, Erzieher ihre Zöglinge nicht verführen und Manager nicht in die Kasse greifen. Und so dürfen eben Richter nicht das Recht beugen.

Rechtsbeugung ist möglich als Sachverhaltsfälschung und als falsche Rechtsanwendung. Es gibt keine Hinweise darauf, dass in der deutschen Justiz vorsätzliche Verfälschungen des Sachverhalts vorkämen. Es geht praktisch nur um die fehlerhafte Rechtsanwendung. Eine fehlerhafte Rechtsanwendung ist objektiv nur dann Rechtsbeugung, wenn die Auffassung des Richters nicht einmal vertretbar erscheint. Aber damit nicht genug. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH begründet (bloße)

¹⁰² Dazu gehören: Aufnahme von Urkunden, Beurkundung eines Prozessvergleichs (RGZ 129, 37. Insoweit besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen Amtspflichten des Richters und des Notars; BGH DRiZ 1963, S. 233), Bewilligung der Prozesskostenhilfe (BGHZ 109, 163), Erlass und die Aufhebung von Haftbefehlen, offengelassen für die Eröffnung des Hauptverfahrens (BGH NJW 1970, S. 1543), Festsetzung des Streitwerts (BGHZ 36, 144), Entscheidung über ein Arrestgesuch oder den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Beschluss (BGHZ 10, 55 (60)), Entscheidungen in der Zwangsvollstreckung (BGH NJW-RR 1986, S. 412; BGH NJW 2000, S. 3358 (3360)); Eröffnung des Konkursverfahrens (BGH NJW 1959, S. 1085), Sitzungspolizeiliche Maßnahmen (OLG Köln VersR 1998, 893), Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Fürsorgecharakter (BGH NJW 1956, S. 1716; a. A. für die Anordnung der Betreuung *Coepicus*, NJW 1996, S. 1947, nicht dagegen für die Auswahl des Betreuers, Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis und Haftbefehl (BGH NJW 1964, S. 2402), Kostenfestsetzung (BGH NJW 1962, S. 36; KG NJW 1965, S. 1602).

¹⁰³ So hat kürzlich der 1. Zivilsenat des OLG Frankfurt (OLG Frankfurt a. M. NJW 2001, S. 3270) das Land Hessen wegen Amtspflichtverletzung der Richter des 8. Zivilsenats des gleichen Gerichts verurteilt, weil diese eine Beschwerde gegen die Verweigerung der Prozesskostenhilfe durch das Landgericht zu Unrecht verworfen hatten. Der Kläger hatte Schadensersatz von seinem Rechtsanwalt wegen unterlassener Aufklärung über die zur Verhinderung des Verjährungseintritts erforderlichen Maßnahmen gefordert; die Richter des 8. ZS hatten dabei vernachlässigt, dass die verjährungshemmende Wirkung des Prozesskostenhilfesuchs nur erhalten bleibt, wenn binnen einer Frist von höchstens zwei Wochen nach dessen Ablehnung hiergegen Beschwerde eingelegt wird. Zu diesem Urteil (kurze) Besprechung von *Schläger*, Amtspflichtverletzung durch richterliche Tätigkeit, der meint, dass das Gericht habe es sich zu schwer gemacht, wenn es unter Berufung auf den BGH die Haftung von grobem Verschulden der Richter abhängig gemacht habe, denn der BGH habe sich in den angeführten Entscheidungen noch nicht definitiv darauf festgelegt, dass die Staatshaftung wegen einer richterlichen Amtspflichtverletzung außerhalb des Spruchrichterprivilegs nur bei grobem Verschulden eintreten solle.

Unvertretbarkeit einer Entscheidung selbst bei direktem Vorsatz keine Rechtsbeugung; denn es ist „nicht jeder Rechtsverstoß als ‚Beugung‘ des Rechts anzusehen, vielmehr enthält dieses Tatbestandsmerkmal ein normatives Element und soll nur elementare Verstöße gegen die Rechtspflege erfassen, bei denen sich der Täter bewusst und in schwerer Weise von Recht und Gesetz entfernt“.¹⁰⁴ Ein bewusster Verfahrensverstoß, z. B. eine Zuständigkeitsanmaßung, begründet eine Rechtsbeugung nur dann, wenn der Richter auf diesem Wege zu einem Ergebnis kommen will, das bei Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften nicht zu erreichen gewesen wäre.¹⁰⁵

Diese Zurückhaltung ist vielleicht angemessen, wenn Richtern zugemutet wird, unter Berufung auf das Recht gegen einen politischen Systemwechsel Widerstand zu leisten.¹⁰⁶ Aber sie wirkt sich gerade für den Justizalltag aus, der nicht ganz selten Fälle mit sich bringt, die bei konventioneller Handhabung¹⁰⁷ des Tatbestands als Rechtsbeugung angesehen werden müssten. Vielleicht ist für solche Fälle die Drohung mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Gefängnis zu hart, zumal im Normalfall einer Rechtsbeugung durch den Richter eigentlich keine Bewährungsstrafe verhängt werden dürfte¹⁰⁸. Aber eine mildere Sanktion gibt es nicht.

Die restriktive Haltung der Rechtsprechung ist in die Kritik geraten. Ich begnüge mich damit, den Schlusssatz zu zitieren, mit dem ein ehemaliger Generalstaatsanwalt im Februar-Heft der NJW¹⁰⁹ den Freispruch des Amtsrichters Schill kommentiert: „Für die Öffentlichkeit bleibt der Eindruck zurück, die Justiz ‚schütze‘ sich notfalls selbst.“

e) Mimosenhafte Kritikempfindlichkeit der Justiz

Alle Personen und Institutionen, die im öffentlichen Raum tätig werden, sind der öffentlichen Meinung ausgesetzt, die sich nicht immer auf sachliche Kritik beschränkt, sondern oft polemisch, satirisch oder gar verletzend daher kommt. Die Meinungsfreiheit findet ihre Grenze erst an den allgemeinen Gesetzen, also insbesondere an den Beleidigungstatbeständen und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Die Justiz hat diese Meinungsfreiheit unter dem Grundgesetz erfolgreich ausgebaut und verteidigt. Da wirkt es kleinmütig, wenn sie für sich selbst andere Maßstäbe angewendet wissen

¹⁰⁴ BGHSt 38, 381 (383) für Rechtsbeugung durch den Staatsanwalt; 41, 247 (251); dazu kritisch *Seebode*, JR 1994, S. 1; *ders.*, Jura 1997, S. 418; zuletzt im Fall Schill BGH NJW 2001, S. 3275, dazu kritisch *Schiemann*, NJW 2002, S. 113.

¹⁰⁵ BGH NJW 1997, S. 1452. Zustimmung *Schmittmann*, NJW 1997, S. 1426.

¹⁰⁶ Allerdings ist gerade auch insoweit die Rechtsprechung kritisiert worden, z. B. von *Scholderer*, Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, 1993; *Bemmann* JZ 1995, S. 123, (127); *Spendel*, JZ 1995, S. 375; *ders.*, NJW 1996, S. 809; *Scheffler*, NStZ 1996, S. 67.

¹⁰⁷ *Schiemann* weist kritisch darauf hin, wie schnell innerhalb anderer Straftatbestände subjektive Merkmale einfach zugeschrieben werden (NJW 2002, S. 112, 114 r. Sp.).

¹⁰⁸ Vgl. *Schmittmann*, NJW 1997, S. 1426 (1427 l. Sp.).

¹⁰⁹ *Schaefer*, Überzogenes Richterprivileg, NJW 2002, S. 734 f.

will.¹¹⁰ Eigentlich müsse es doch genau umgekehrt sein. Für die Justiz, die nach allen Seiten austeilt und nur sich selbst kontrolliert, ist die öffentliche Meinung die einzige zulässige Form der Fremdkontrolle. Umso wichtiger ist hier die Meinungsfreiheit. Noch einmal ist an die goldene Regel zu erinnern. Was die Justiz Politikern, Wirtschaftsführer und Soldaten zumutet, das sollte sie von sich selbst nicht abwehren, auch wenn es aus der Politik kommt. Die Justiz hat Anspruch auf Gehorsam, aber nicht auf Achtung oder Respekt. Achtung muss sie sich verdienen.

Die Autonomie der Justiz ist für alle, die nicht dazugehören, beängstigend. *Falk*¹¹¹ vertritt die interessante These, solche Eruptionen, etwa einmal im Jahr, befriedigten vermutlich „ein dringendes, sozialpsychologisch unverzichtbares Bedürfnis. Sie dienen dem Abbau der Beklemmung, die sich bei dem Gedanken einstellen muss, dass im Justizstaat Deutschland eine mausgraue Armee von rund 20.000 Funktionären der Justiz [Dieter Simon] fast täglich unzählige Entscheidungen von großer wirtschaftlicher und sozialer Bedeutung trifft, deren Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit allen Nichtjuristen hoffnungslos verborgen bleibt. So gesehen trägt die hemmungslose Polemik gegen singulär wahrgenommene Fehlleistungen einzelner Gerichte dazu bei, die beängstigende Autonomie des Rechtssystems¹¹² für die Gesellschaft erträglich zu halten.“

IX. Der langen Rede kurzer Sinn

Gegen die Anforderungen des NSM sollte die Justiz sich nicht unsubstantiiert auf Gefahren für die Qualität ihrer Produkte berufen. Sie sollte vielmehr ein Problembewusstsein für die Fehleranfälligkeit ihrer Produkte entwickeln und dieses in einer „selbstbewussten Außendarstellung“¹¹³ auch vorzeigen.

¹¹⁰ Wie einige Äußerungen auf der Berliner Tagung „Unabhängigkeit und Justizreform“, DRiZ 1999, S. 125 ff. Vgl. auch *Mishra*, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilschelte, 1997; *Habscheid*, Urteilskritik durch am Verfahren „beteiligte“ Rechtsanwälte, Professoren und Richter, NJW 1999, S. 2230.

¹¹¹ *Falk*, Das Fehlurteil in der deutschen Öffentlichkeit, in: Gouron u.a. (Hrsg.), *Error Judicis*, Frankfurt a. M. 1998, S. 103-144 (141).

¹¹² a.a.O. S. 140.

¹¹³ *Klein*, in diesem Heft.

